



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO- USP

Seção: Artigos Científicos

Ativismo judicial em matéria de políticas públicas de saúde: uma escolha trágica?

Judicial activism in health public policy: a tragic choice?

Ana Luisa Sevegnani

Resumo: O presente artigo, elaborado de acordo com o método indutivo, busca avaliar a intervenção do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas voltada a dar efetividade ao direito fundamental à saúde, previsto no 196 da Constituição Federal. A saúde pública no Brasil consiste tanto no direito do cidadão em receber tratamentos adequados quanto no dever do Estado em conferir-lhe efetividade de modo universal, igualitário e gratuito. O objetivo do estudo é evidenciar que, embora seja da competência do Poder Legislativo regular critérios relativos ao direito à saúde e do Poder Executivo, observada a sua capacidade orçamentária, implementá-las, com frequência decisões do Poder Judiciário alteram essa ordem constitucional de atribuições. Nesse contexto, o ativismo judicial envolvendo o direito à saúde reflete uma interferência nos demais poderes estatais, provocando desarmonia e desequilíbrio nas contas públicas.

Palavras-chave: ativismo judicial; direito fundamental à saúde; políticas públicas; escolhas trágicas.

Abstract: this article, elaborated according to the inductive approach, seeks to evaluate the judiciary intervention with regards to public policy in order to increase the effectiveness of the basic right to health, contemplated in the article 196 of the Federal Constitution. Public health in Brazil consists in the right ensuring that the citizen receives adequate treatments, as well as the State duty in bringing effectiveness universally, equally and gratuitously. The study aims to emphasize that, although the Legislative branch is competent to regulate objective criteria related to the right to health and the Executive Branch has the obligation to implement them, based on its budget allocation, frequently judicial decisions change this constitutional system of attributions. In this context, judicial activism regarding to the right to health reflects an interference in other branches of the State, which results in a disharmony and imbalance of the public finances.

Keywords: Judicial activism; basic right to health; public policy; tragic choices.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v7n1p200-225>

ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: UMA ESCOLHA TRÁGICA?

Ana Luísa SEVEGNANI*

Sumário: 1 Introdução; 2 Ativismo Judicial no Brasil: contextualização e delimitação; 3 As políticas públicas de saúde no Brasil; 4 A intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde; 5 Conclusão; 6 Referências bibliográficas.

1. Introdução

Neste artigo científico, elaborado de acordo com o método indutivo e fundado especialmente em revisão bibliográfica, pretende-se discutir a possibilidade de ser promovida uma normatização do direito fundamental de acesso às políticas públicas de saúde, sobretudo, àquelas em que o Estado atua mediante prestações positivas que implicam dispêndio de recursos financeiros, de modo a conceder tratamentos médicos de forma gratuita aos seus destinatários.

A prestação de serviços públicos pelos entes estatais vincula-se à dotação orçamentária, como pressuposto de atendimento ao princípio da legalidade, significando que o gestor público tem o dever de observar os limites financeiros definidos no orçamento público.

Contudo, com frequência o Poder Judiciário, procurando garantir a fruição do direito fundamental à saúde, impõe ao Poder Executivo o dever de financiar demandas individualizadas, a exemplo de requisição de medicamentos, o que conduz a um possível desequilíbrio das contas públicas e tratamento diferenciado a algumas pessoas, em detrimento da coletividade. Esse protagonismo exercido na esfera judicial, mediante decisões voltadas a atender interesses de particulares, necessita ser dimensionado sob a ótica dos recursos públicos disponíveis, para que as demandas individualizadas não impeçam a consecução de políticas públicas de saúde voltadas a toda a sociedade.

Neste contexto, embora se reconheça que o Estado está diante de escolhas trágicas, o que se procurará avaliar é se, diante da ordem jurídica constitucional, há possibilidade da edição de normas produzidas pelo Poder Legislativo, que definam critérios objetivos a guiar tanto a atuação do Poder Executivo, como do Poder Judiciário.

* Mestranda em ciência jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) em dupla titulação com a Widener University Delaware School. Pós-graduanda em direito constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONSTA e em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura FEderal no Rio Grande do Sul - ESMAFE-RS. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Advogada.

rio, em eventual caso da sua não observância, nos casos que envolvam o direito fundamental à saúde e o dever de sua prestação pelo Estado.

2. Ativismo judicial no Brasil: contextualização e delimitação

Ao longo da história, diversas teorias surgiram quanto à forma de melhor distribuir as funções e atribuições tipicamente exercidas pelo Estado. A teoria da separação dos poderes predomina no cenário político atual e é adotada no Brasil como um modo de efetivamente promover uma distribuição das funções exercidas entre os diferentes órgãos estatais, a fim de atender a seus objetivos precípuos.

Apesar de a discussão sobre a divisão das atribuições públicas entre órgãos distintos remontar à obra de Aristóteles (2009, p. 147-148), é com a ascensão do Iluminismo, nos séculos XVII e XVIII, que surgem pensamentos aptos a favorecer a construção de um Estado Constitucional. Nesse momento, são tecidas as principais considerações acerca do modelo de separação dos poderes atualmente vigente, a fim de coibir o exercício do poder de forma ilimitada, arbitrária e abusiva (MONTES-QUIEU, 1996, p. 167-172).

No regime jurídico-político atual, a separação dos poderes é assegurada pelo texto constitucional, em que o Legislativo, Executivo e Judiciário são poderes independentes e harmônicos entre si.¹ A divisão das atribuições do Estado Democrático de Direito brasileiro é tamanha que o legislador constituinte, inclusive, conferiu à separação dos poderes a condição de cláusula pétrea, de modo que é vedada a deliberação sobre proposta tendente a abolir esse princípio.²

Em que pese a utilização da expressão “separação dos poderes” para designar a divisão das funções exercidas pelo ente estatal, cabe ressaltar que o poder do Estado é uno e indivisível. Há uma multiplicidade de órgãos exercendo atividades do poder soberano do Estado, mas ainda permanece a unidade do poder. O que ocorre é uma divisão de funções e atribuições entre os órgãos legislativo, judiciário e executivo, os quais possuem suas funções definidas em âmbito legal e constitucional (DALLARI, 2012, p. 214-215).

Em síntese, cabem ao Legislativo as tarefas típicas de legislar e fiscalizar; ao Executivo, os atos de Chefia do Estado, em relações com os demais países em âmbito internacional, e de Chefia de Governo e da administração em geral, através da previsão de diretrizes políticas e administrativas; e ao Judiciário, a ser detalhadamente estudado, julgar as ações singulares e coletivas levadas à sua análise pelos cidadãos, no sentido de efetivar seus direitos e garantias fundamentais (BRANCO; MENDES, 2014, p. 871, 920 e 946).

¹ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

² “Artigo 60 [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”

De acordo com a leitura do texto constitucional, cada poder possui um limite de atuação, o que coibiria a interferência em competências alheias para alcançar objetivos inerentes a outra esfera estatal. Buscou-se conter, por exemplo, a função dos juízes como criadores do Direito, impondo-se uma autocontenção ao magistrado, que deveria, em tese, estar estritamente vinculado ao respeito às leis vigentes no ordenamento jurídico.

Apesar das tentativas de reduzir o grau de interferência entre as atribuições dos órgãos estatais, são crescentes, no contexto social e econômico brasileiro, as demandas existentes perante o Poder Judiciário para que se confira maior concretização aos direitos alegados pelos indivíduos que pleiteiam a análise de casos concretos. Especialmente após a Constituição de 1988, que estabeleceu diversos direitos e garantias fundamentais à sociedade, tornaram-se comuns os casos em que tais previsões constitucionais são desrespeitadas nas relações sociais, cabendo ao Poder Judiciário a relevante função de buscar uma solução adequada para esses conflitos (BARBOSA; ROCHA, 2015, p. 120).

Enquanto se verificava, até a insurgência da Segunda Guerra Mundial, um modelo de Estado legislativo de Direito, no qual a Constituição era considerada como mero documento político e à lei era atribuído um papel de centralidade, hodiernamente vigora o denominado Estado Constitucional de Direito. Neste contexto, a Constituição passa a consistir numa verdadeira norma jurídica, não apenas disciplinando as demais leis, mas estabelecendo limites para o seu conteúdo e deveres a serem observados pelo Estado. Assim, há a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, das quais decorre o fenômeno da jurisdição constitucional (BARROSO, 2010, p. 7-8).

Atualmente, as constituições não são meros documentos legais, mas funcionam como verdadeiros repositórios dos direitos e das garantias fundamentais dos cidadãos e de normas diretivas e programáticas a todos os poderes estatais. Diante de uma situação de omissão de um dos poderes ou da impossibilidade de alcançar os objetivos traçados de forma adequada, ocorre, conseqüentemente, um desequilíbrio entre os demais poderes, o que pode acarretar um redesenho institucional e funcional das atribuições do Estado (CIPRIANI; CRISTÓVAM, 2017, p. 167-168).

A partir das mudanças ocorridas com a Constituição Federal de 1988, considerada como o marco jurídico do processo de redemocratização do país, o Poder Judiciário passou a exercer um papel essencial na sociedade brasileira, tendo em vista a ampliação das atividades por este órgão exercidas e a previsão de meios para que o cidadão possa concretamente ter acesso à justiça.³ A Constituição Federal prevê, como forma de ampliar o acesso ao Poder Judiciário, diversos mecanismos processuais para a garantia do direito pleiteado, como os remédios constitucionais, ações

³ Nesse sentido é a previsão do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

destinadas ao controle de constitucionalidade, além da organização dos tribunais superiores (CAMPOS, 2014, p. 378-379).

Em decorrência das modificações descritas, ampliou-se o protagonismo exercido pelo Poder Judiciário em questões anteriormente atinentes às esferas do Poder Legislativo e Poder Executivo, especialmente no que se refere às questões políticas.⁴

Em paralelo à ampliação dos encargos exercidos pelo Poder Judiciário, o Poder Legislativo, enquanto representante da função de criação de leis para regular atos considerados relevantes para a sociedade, é, por vezes, inerte e omissor nesta função. Diante do papel de destaque conferido aos órgãos que exercem atribuições jurisdicionais, a inércia do Poder Legislativo para a regulamentação de questões imprescindíveis nas relações sociais, decorrentes, por exemplo, da ausência da regulamentação de uma lei, faz com que o Poder Judiciário seja instado a resolver questões típicas do Legislativo (LIMA; MIARELLI, 2012, p. 16).

Nesse cenário, dentre os órgãos participantes da estrutura do Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (STF), desde a vigência da Constituição Federal de 1988, passou a gradativamente destacar-se pela interferência ativa na vida pública brasileira. Ao ser comumente conhecido como o guardião da Constituição, o STF assumiu especial papel ao ser incumbido de garantir os direitos fundamentais previstos em seara constitucional, passando, em contrapartida, a interferir em questões eminentemente políticas do governo brasileiro (GARAU; MULATINHO, 2015, p. 201-202).

O protagonismo atualmente exercido na esfera judicial fez com que se visualizasse cada vez mais a judicialização da política, por meio da qual o Poder Judiciário passou a incumbir-se das tarefas de realização dos princípios e regras constitucionais, em especial dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, mas não garantidos efetivamente na prática. Esse fenômeno é fortalecido, em especial, pelo fato de que, apesar da normatividade prevista em sede constitucional para determinados direitos individuais e fundamentais, muitos desses preceitos não são efetivados no mundo fático, gerando a análise judicial de assuntos que deveriam, em regra, ser concretizados mediante funções legislativas e executivas.

Entretanto, conforme destaca Brandão, não é apenas a expansão dos direitos fundamentais e dos seus instrumentos de proteção o único elemento responsável por fomentar a judicialização da política no Brasil contemporâneo, mas também outros fatores políticos, como a incerteza eleitoral, a alternância no poder, a estabilização democrática e a opção por uma organização institucional marcada pelo fracionamento do poder (como o presidencialismo, federalismo e multipartidarismo) (BRANDÃO, 2013, p. 215).

4 Para uma análise crítica acerca do recente fenômeno do protagonismo do Poder Judiciário e sua expansão global, ver: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. The global expansion of judicial power. Nova York: New York University Press, 1995 e GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. The Oxford handbook of law and politics. Nova York: Oxford University Press, 2008.

A judicialização de assuntos relacionados à política não constitui, em si mesma, algo negativo para a sociedade. Caso as lesões a direitos constitucionais levadas à análise do Poder Judiciário sejam decididas mediante argumentos jurídicos compatíveis com os limites previstos pela lei e os princípios democráticos vigentes, a judicialização do pleito proposto seria legítima em seu conteúdo, visto que não foi pausado em uma livre escolha do magistrado.

Por outro lado, as constantes decisões proferidas pelos tribunais brasileiros demonstram que, com a atuação mais destacada do Poder Judiciário, verifica-se cada vez mais uma visão inovadora e criativa do Direito, em que se reinventam determinados institutos jurídicos conforme os critérios atribuídos pelos próprios julgadores. O protagonismo judicial e a judicialização da política não podem ser utilizados como justificativa para decisões livremente baseadas na discricionariedade judicial, o que ocasiona um contexto jurídico de constante ativismo judicial (STRECK, 2016, p. 722-723).

Segundo ressalta Streck (2016, p. 723-724), não se pode confundir a judicialização com o ativismo judicial. Enquanto o primeiro relaciona-se ao funcionamento adequado ou inadequado das instituições no sistema institucional previsto pela Constituição, em que há um aumento da possibilidade de se discutir questões governamentais em âmbito judicial, o segundo consiste em um tipo específico de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político. Um assunto judicializado pode ter como consequência uma resposta ativista, o que é prejudicial à democracia, assim como, em alguns casos de judicialização, a resposta do Judiciário mostra-se adequada à Constituição.

Embora existam ainda incertezas e críticas quanto à sua definição, o termo ativismo judicial tem sido utilizado para analisar as instituições e agentes judiciais nas democracias contemporâneas, como um modelo ou programa para a decisão judicial e conduta a ser adotada pelos juízes, especialmente em decisões judiciais em conjunto. Considera-se, sobretudo, o papel a ser adotado pelo Judiciário, tendo como pressuposto a autonomia do julgamento do juiz durante a análise do caso e a tomada de decisão (KOERNER, 2013, p. 69-70).

Como decorrência dos processos de transformações atuais, “a cultura jurídica teria passado de um suposto positivismo formalista à maior permeabilidade aos aspectos valorativos das situações, à inovação nos métodos de trabalho e à estimativa dos impactos de decisões judiciais”. Logo, o ativismo judicial demonstra uma situação em que há fronteiras fluidas entre dois ramos distintos: o da política e o do Direito. Ao ultrapassar essa fronteira para ingressar em um domínio político que não é sua atribuição, o agente judicial extrapola as suas funções típicas e produz efeitos jurídicos baseados em interesses e programas políticos (KOERNER, 2013, p. 71-72).

Nos casos de ativismo judicial e judicialização excessiva de questões atinentes aos demais poderes estatais, cunhou-se a expressão direito judiciário para designar o fato de que, ainda que o juiz tenha a função de declarar e interpretar o direito previamente estabelecido em um ordenamento jurídico, pode também ser, na prática, um criador do Direito, o que ocasiona incerteza, obscuridade e insegurança jurídica.⁵

Nesse sentido, é implícito que há um certo grau de criatividade no momento da interpretação judiciária do direito legislativo, tendo em vista que a linguagem utilizada pelos legisladores pode ocasionar lacunas, via de regra, resolvidas no âmbito judiciário. O problema reside no liame entre os conceitos de interpretação jurídica e criação do Direito, ou seja, o grau de criatividade, os limites e a aceitabilidade da criação do Direito pelos tribunais. O crescente aumento da criatividade no âmbito judicial tornou-se um problema do século XXI, de modo que o papel acentuadamente criativo conferido aos juízes acaba por igualar a função jurisdicional à função legislativa, o que ocasiona uma interferência indevida nos poderes (CAPPELLETTI, 1999, p. 20-21).

Conforme se extrai da obra de Ramos (2015, p. 131-132):

[...] por ativismo judicial deve-se entender exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar [...]. Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

Portanto, o ativismo judicial enfatiza o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional. Para a definição de um ato jurisdicional como ativista, torna-se necessário verificar se extrapolou os limites impostos ao exercício do Poder Judiciário (GOMES, 2013, p. 297). Além dessa característica, nas decisões decorrentes do ativismo, há a preponderância da ideologia e posições pessoais do julgador, em detrimento da previsão expressamente constante no texto legal (ABBOLD; NERY JUNIOR, 2013, p. 528).

Do mesmo modo, o ativismo é considerado como uma forma mais ampla de decisionismo no Estado Democrático de Direito, invertendo-se a tradicional ordem silogística, na qual há uma premissa maior como comando geral e abstrato e uma premissa menor como a situação colocada para a análise judicial. A partir da ampliação do ativismo judicial nos tribunais brasileiros, parte-se para uma lógica em que o caso concreto é utilizado para, a partir dele, alcançar-se uma solução jurídica (MAGALHÃES, 2011, p. 183).

⁵ Nesse sentido, o filósofo inglês Jeremy Bentham já ressaltou o fato de que, no ordenamento jurídico inglês, “embora o juiz, como se diz, nominalmente não faça se não declarar o direito existente, pode-se afirmar ser criador do direito”, o que ocasionava vícios comuns do direito judiciário (CAPPELLETTI, 1999, p. 17-18).

Assim, o ativismo judicial consiste em uma tendência de alcançar o equilíbrio adequado em um conflito social por meio de uma alteração na legislação vigente, mediante a criação de uma nova disposição normativa anteriormente inexistente, o que decorre da interpretação feita pelo juiz do texto constitucional ou legal (BARAK, 2006, p. 260-272).

Um órgão judicial, nesses termos, profere decisões ativistas quando ultrapassa os mandamentos constitucionais expressos de não interferência nas atribuições dos demais poderes estatais (KMIEC, 2004, p. 1463-1464). Nessa linha, Marshall enumera alguns sinais do ativismo judicial reunidos na doutrina e jurisprudência sobre o assunto, destacando sete tipos: 1) ativismo contra-majoritário, nos quais os tribunais relutantes discordam de decisões tomadas por órgãos democraticamente eleitos; 2) ativismo não-originalista, quando os tribunais negam as concepções estritas do texto legal ou as intenções do legislador constituinte; 3) ativismo de precedentes quando os tribunais não aceitam a aplicação de precedentes; 4) ativismo jurisdicional, em que os tribunais não respeitam os limites jurisdicionais do seu próprio poder, violando a competência dos demais órgãos; 5) ativismo criativo, quando o tribunais criam novas teorias e direitos por meio da doutrina constitucional; 6) ativismo remediador, em que os tribunais usam o seu poder para impor obrigações positivas aos outros poderes ou para supervisionarem as obrigações judiciais impostas; 7) ativismo partidário, quando os tribunais tomam determinada decisão para alcançar objetivos partidários (MARSHALL, 2002, p. 103-104).

Segundo destaca Barroso (2012, p. 25-26), o contrário do ativismo judicial é a autocontenção judicial, forma de atuação na qual o Judiciário busca reduzir sua interferência nas ações de outros poderes. Para o autor, o Brasil tem demonstrado uma posição ativista em determinadas situações, destacando três hipóteses: 1) casos em que há aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e que independem de manifestação do legislador ordinário, como ocorreu com a fidelidade partidária; 2) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos do Congresso Nacional, baseando-se em critérios menos rígidos que os de ostensiva violação da Constituição, como o caso da verticalização; 3) imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, especialmente em matéria de políticas públicas, como a distribuição de medicamentos e terapias através de decisão judicial.

Conforme ressalva Sarmento, o ativismo judicial se justifica no Brasil em determinadas áreas, como tutela de direitos fundamentais, proteção das minorias e garantia do funcionamento da democracia. Já em outras searas, impõe-se uma postura de autocontenção judicial, no sentido de respeitar as deliberações majoritárias adotadas no espaço político e nos casos em que o Judiciário não é o órgão com competência para tomar decisões dessa natureza (SARMENTO, 2009, p. 128).

Entretanto, no atual cenário sócio-político, o ativismo judicial que baseia as decisões judiciais no Brasil é caracterizado pela falta de racionalidade, tendo em vista a

ausência de um padrão ou critério suficiente para trazer maior segurança e coerência ao ordenamento jurídico. A fluidez da fronteira entre política e Direito exsurge como um problema na medida em que os tribunais, em determinados casos, não exercem suas atribuições de acordo com os limites estabelecidos para o exercício de suas funções constitucionais (OLIVEIRA; TRINDADE, 2016, p. 764-765).

O ativismo judicial decorre das condutas adotadas pelas cortes judiciais quando não se autolimitam aos preceitos legais para a resolução de conflitos, mas criam novas políticas sociais e afetam interesses e atribuições típicas de outras esferas estatais (HOLLAND, 1991, p. 1-2). Os juízes, ao decidirem de forma a ultrapassar os limites de poder e ingressarem em assuntos de competência, por exemplo, do Poder Legislativo, assumem especial relevo na discussão da implementação e execução de políticas públicas.

É que as políticas públicas, conforme se estudará adiante, estão essencialmente vinculadas ao cotidiano dos cidadãos e, no Brasil, o ativismo judicial e a judicialização da política fazem com que essas políticas possam ser também implementadas pelo Poder Judiciário. Ao proferirem decisões judiciais que acabam por ultrapassar a esfera decisória, o Judiciário estabelece regras que, em geral, deveriam ser previstas pelos Poderes Legislativo e Executivo, ocasionando questionamentos quanto à legitimidade dessas decisões e seus efeitos na construção da democracia brasileira.

3. As políticas públicas de saúde no Brasil

O ativismo judicial, neste estudo, será avaliado a partir das consequências geradas diante da formulação e execução de políticas públicas, de forma atípica, pelo Poder Judiciário. Serão analisadas, especialmente, decisões judiciais envolvendo o direito fundamental à saúde, nas quais o órgão judicial, ultrapassando sua função de julgar os casos concretos referentes a tal garantia, acabou por exercer as funções legislativas e executivas ao formular políticas públicas referentes ao tema.

Inicialmente, cabe compreender o conceito, delimitação e contextualização das políticas públicas no Brasil, especialmente em relação ao direito fundamental à saúde, a fim de analisar as influências do ativismo judicial em relação ao tema.

Uma política significa, em síntese, um programa de ação, conceito este que apenas recentemente passou a integrar a teoria jurídica, tendo em vista que corresponde a uma realidade inexistente antes da Revolução Industrial (COMPARATO, 1998, p. 44). Segundo Dworkin (2002, p. 36-37), a noção de política seria contraposta à noção de princípio, uma vez que, enquanto a primeira corresponde a uma meta a ser alcançada, como uma melhoria em algum aspecto político, econômico ou social da coletividade, estabelecendo um objetivo a ser alcançado, os princípios tendem a estabelecer um direito individual, um padrão a ser observado por uma exigência de justiça, equidade ou demais dimensões da moralidade. Nesse sentido, a política pública engloba os atos e normas, por constituir uma atividade e um conjunto de nor-

mas e atos que visam à realização de determinados objetivos (COMPARATO, 1998, p. 45).

Para tanto, deve-se ressaltar que todo direito é permeado pela política, tendo em vista as interferências entre essas esferas, que eventualmente se sobrepõem. Disso decorre a distinção, inexistente na língua portuguesa, entre os termos em inglês *politics* e *policy*. O primeiro termo refere-se à atividade política em sentido amplo, já o segundo consiste nos programas governamentais, expressão utilizada para designar as políticas públicas (em inglês, *publicpolicy*) (BUCCI, 2006, p. 11).

As políticas públicas consistem, sobretudo, em ações de governo tendentes a focalizar o Estado como agente central de sua promoção (GONÇALVES, 2006, p. 75). Passando ao Estado a função de agente responsável de forma ativa por implementar e executar as políticas públicas, tornou-se necessário assumir um papel assistencialista, com o intento de promover o bem-estar social. Isso porque o próprio fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo que o desenvolvimento nacional é a principal política pública (BERCOVICI, 2006, p. 143-144).

O surgimento das políticas públicas como nova figura a ser estudada no âmbito jurídico decorre das transformações ocorridas no século XX, quando as constituições ultrapassaram os limites da estruturação do poder e liberdades públicas e passaram a tratar dos direitos fundamentais, especialmente sobre os direitos sociais. Este fato ocasionou uma mudança na postura abstencionista do Estado, que passou a desempenhar obrigações de caráter prestacional, oriundas dos direitos sociais⁶, como saúde, educação e assistência social (BUCCI, 2006, p. 2-3).

Durante o desenvolvimento de um modelo de Estado de Bem-Estar Social⁷, em substituição ao Estado liberal vigente anteriormente, o Estado assume a responsabilidade pela condução do processo econômico e político. A partir de então, o Estado não mais intervém na ordem social apenas como produtor do direito e da segurança, mas desenvolve formas de atuação positivas, para a implementação de políticas públicas. Nesse cenário, as políticas desenvolvidas pelos entes estatais não constituem meramente políticas econômicas, mas englobam também um conjunto de atuações públicas na esfera social. Conforme destaca Eros Grau (2008, p. 25-26):

⁶ Nesse contexto, o artigo 6º da Constituição Federal de 1988 enumera um rol de direitos sociais, além de outros acrescidos no texto legal e constitucional.

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

⁷ Nesse ponto, insta ressaltar que o Estado de Bem-Estar Social busca garantir padrões mínimos de renda, saúde, moradia, alimentação e educação a todos os cidadãos como um direito político, e não como forma de caridade (WILENSKY, 1975, p. 1-3). Surgido no início do século XX, diante da insuficiência do modelo liberal de Estado, afetado pela Segunda Guerra Mundial e Crise de 1929, “o que distingue o Estado assistencial de outros tipos de Estado não é tanto a intervenção direta das estruturas públicas na melhoria do nível de vida da população quanto o fato de que tal ação é reivindicada pelos cidadãos como um direito” (BOBBIO, 2004, p. 416).

A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma política pública – o direito é também, ele próprio, uma política pública.

Sob essa ótica, política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados, com o objetivo de coordenar os meios à disposição do Estado e atividades privadas para realizar objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. De acordo com Kingdon (1995, p. 2-3), as políticas públicas, de forma sintética, podem ser consideradas como uma série de processos, incluindo, no mínimo: 1) o estabelecimento de uma agenda; 2) a especificação de alternativas para que, dentre elas, seja feita uma escolha; 3) a realização de uma escolha entre as alternativas especificadas, por votação legislativa ou decisão presidencial; 4) a implementação da decisão.

As políticas públicas tratam do conteúdo concreto e do conteúdo simbólico de decisões políticas, bem como do processo de construção e atuação dessas decisões. Constitui ainda uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público considerado como relevante para a sociedade, possuindo dois requisitos fundamentais: a intencionalidade pública e uma resposta a um problema público (SECCHI, 2012, p. 1-2).

Analisar a formação e implementação de políticas públicas em Direito significa reconhecer a relação existente entre as esferas jurídica e política, assumindo a comunicação dessas estruturas e suas influências para o Estado e Administração Pública. Esse fato ocorre na medida em que se atribui ao Direito critérios de qualificação jurídica das decisões políticas, constatação da qual decorrem os problemas existentes no Brasil quanto à judicialização da política e ativismo judicial (BUCCI, 2002, p. 241-242).

As políticas públicas podem referir-se aos mais diversos temas, relacionadas, por exemplo, a questões ambientais, urbanísticas, educacionais, de viação e de saúde, e estar previstas em diferentes instrumentos, como no texto constitucional, em leis infraconstitucionais, no plano diretor, em normas operacionais, em decretos, entre outros. Isso porque a exteriorização de uma política pública não assume um padrão uniforme e definível no sistema jurídico, dependendo do caso concreto.

O fundamento mediato das políticas públicas é a própria existência dos direitos sociais, isto é, aqueles que se concretizam mediante ações positivas realizadas pelo Estado. Porém, apenas este critério não é suficiente para compreender determinadas políticas públicas, como a industrial, de energia, de transporte e outras não direcionadas à realização dos direitos sociais, mas têm seu fundamento no conceito de desenvolvimento. Outrossim, as políticas constituem atualmente instrumentos de ação dos governos, a fim de fixar metas a serem atingidas para a função de go-

vernar, que consiste no fundamento imediato das políticas públicas (BUCCI, 1997, p. 90-91).

Nessa seara, a saúde é constitucionalmente garantida como um direito fundamental de caráter social, conforme previsão expressa dos artigos 6º e 196, regulando suas normas específicas na Lei nº 8.080/90, responsável por instituir o Sistema Único de Saúde. Tal sistema garantiu que todos os cidadãos têm direito a receber tratamentos de saúde adequados de modo universal e igualitário. Diante dessa previsão, o Estado tem o dever de promover a sua concretização com máxima efetividade, tendo em vista ser considerado como um direito de caráter social e, consequentemente, necessitar de uma atuação estatal ativa, o que será feito mediante a formulação e implementação de políticas públicas.

Sendo a saúde um direito subjetivo de todos os indivíduos e que exige a prestação positiva por parte do ente estatal, o direito à saúde deverá ser concretizado a seus titulares mediante políticas públicas, sociais e econômicas. Isso significa que caberá ao Estado a elaboração e adoção dos meios necessários para reduzir o risco de doenças e assegurar o acesso universal e igualitário a suas ações e serviços (MEDEIROS, 2011, p. 53).

Conforme ressalta Canotilho (2006, p. 124-125), recortar juridicamente um catálogo de direitos é distinto da positivação dos direitos de um complexo de imposições constitucionais conformadoras de políticas públicas de direitos econômicos, sociais e culturais. O direito fundamental à saúde, nesse sentido, pode ser formado por várias políticas públicas que garantem a sua efetivação, como a criação do Sistema Único de Saúde, proposição de ações e serviços em uma rede regionalizada e hierarquizada⁸, a repartição orçamentária e concessão judicial de medicamentos e tratamentos médicos.

As políticas públicas visando à concretização dos direitos fundamentais, em especial do direito fundamental à saúde, são opções políticas que, em regra, cabem aos representantes eleitos pelo povo, ou seja, ao Poder Legislativo, através da formulação de leis, para a posterior execução pelo Poder Executivo (BUCCI, 2002, p. 269-270). No plano teórico, portanto, existem duas etapas principais no processo de formulação de políticas públicas: 1) as autoridades do Poder Legislativo editam normas a fim de definir o alcance e conteúdo das políticas públicas; 2) o Poder Executivo promove a execução dessas políticas públicas à sociedade.

Entretanto, visualiza-se atualmente um desequilíbrio entre as funções atinentes a cada um dos poderes, ora conferindo-se maiores atribuições ao Poder Executivo na definição de alcance e execução de políticas públicas, ora autorizando o Poder Judi-

⁸ Conforme dispõe o artigo 198 da Constituição Federal, “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.”

ciário, alheio a esse procedimento, a suprir determinadas lacunas e omissões deixadas pelos demais poderes, o que acaba ocasionando a criação de uma nova política pública.

A partir dessas constatações, surge o problema da forma de controle e limites a serem respeitados pelo Poder Judiciário ao analisar concretamente os programas de políticas públicas. A denominada justiciabilidade⁹ de uma política pública depende não só da possibilidade de um particular agir em juízo para a solução de um litígio, mas também da própria ação a ser adotada pelo Estado. Disso decorrem duas indagações a serem feitas, segundo ressalta Lima: em primeiro lugar, saber se os cidadãos em geral têm ou não o direito de exigir, no âmbito judicial, a execução concreta de políticas públicas e a prestação de serviços públicos; em segundo, saber se o Poder Judiciário pode promover a execução dessas políticas (LOPES, 1994, p. 130).

Dessa análise, conclui-se que as políticas públicas buscam operacionalizar os direitos fundamentais na realidade brasileira. O texto constitucional não classificou, de forma expressa, a forma como o Estado deve atuar a fim concretizar efetivamente esses direitos. A Constituição estabelece apenas a necessidade de concretização mediante ações e serviços estatais, como ocorre com o direito fundamental à saúde, restando dúvidas quantos à forma e limites para a realização de tais políticas.

4. Intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde

Um dos maiores fatores atualmente discutidos no âmbito jurídico sobre as políticas públicas relacionadas à saúde reside na efetivação desses preceitos pelos Poderes estatais. O artigo 196 da Constituição Federal impõe ao Estado o dever de garantir a saúde para todos, mediante políticas sociais e econômicas, de modo que, a fim de concretizar adequadamente o direito fundamental à saúde, necessita-se da definição de políticas públicas aptas a promover a sua promoção.

Caso o direito à saúde fosse efetivamente garantido no ordenamento jurídico aos indivíduos que necessitam da prestação estatal, desnecessária seria a provocação do Poder Judiciário para determinar, em sede de ações judiciais individuais e coletivas, a obrigação do ente estatal em fornecer os meios aptos para a sua garantia (SCHWARTZ, 2001, p. 157). Por estar vinculado a uma vontade política do Poder Executivo em fornecer recursos aptos para promover a sua efetividade e do Poder Legislativo em criar normas reguladoras desse direito, restou ao Poder Judiciário, no contexto atual, o papel de determinar o cumprimento dos preceitos constitucionais.

Não se discute, no presente estudo, a importância do Poder Judiciário para intervir, quando provocado, para garantir o cumprimento das disposições legais e constitu-

⁹ Considera-se como justiciabilidade, para efeitos deste estudo, o fenômeno segundo o qual o Direito passa a definir-se de forma predominante não pela sua positividade, mas sim pela possibilidade de submeter um comportamento à apreciação de um terceiro, no caso, o Poder Judiciário (GARAPON, 1998 p. 40-43).

cionais. Isso porque a saúde é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista a sua relevância como bem jurídico essencial a ser tutelado pelo Estado. A discussão refere-se aos limites que devem ser obedecidos na atuação do Judiciário, a fim de coibir as constantes práticas de ativismo judicial e violação da interdependência e separação entre os poderes constitucionalmente estabelecidos.

Em relação, especificamente, ao direito fundamental à saúde, em algumas decisões judiciais a serem avaliadas, considera-se que o Judiciário avançou em suas prerrogativas constitucionais de analisar e conferir a melhor solução possível para um caso concreto. Logo, os agentes judiciais passaram a exercer, de forma atípica, uma função inerente ao Poderes Legislativo, ao criar normas e regras específicas para formulação de políticas públicas, e do Poder Executivo, ao conceder os mecanismos para a execução da política formulada e interferir em questões atinentes ao orçamento público.

Mesmo em decisões que concedam, em um caso individual, um medicamento ou tratamento específico, o Poder Judiciário, ao deferir o pleito formulado por um cidadão referente a tratamento de grande valor gera implicações nos orçamentos dos entes federativos. Esse fato ocasiona a transferência de recursos de uma coletividade que se beneficiaria com essa destinação para um indivíduo específico, a fim de cumprir com a decisão judicial (PEREIRA, 2015, p. 303).

A gestão orçamentária deve atender a alguns princípios básicos, dentre os quais se destacam dois: 1) especificação, no sentido de que as despesas devem ser fixadas de forma detalhada no orçamento público, a fim de atender-se ao dever de transparência e analisar as possibilidades menos onerosas para os gastos públicos; 2) equilíbrio financeiro, o qual estabelece um equilíbrio entre receita arrecadada e a despesa realizada, inserido no exercício financeiro ao qual se refere, de modo a reduzir ao mínimo as eventuais insuficiências (CONTI, 2016, p. 72-73).

No entanto, ao serem fornecidos medicamentos e tratamentos médicos em cumprimento à decisão judicial proferida em ações individuais, verifica-se uma onerosidade excessiva ao orçamento dos entes federativos, o que confronta com o princípio do equilíbrio, bem como viola o princípio da especificação, tendo em vista a realização de despesa destinada à finalidade não prevista na Lei Orçamentária Anual¹⁰

O planejamento orçamentário foi destinado pelo texto constitucional como de competência do Poder Executivo, mediante a aprovação do Poder Legislativo, de modo a atender as prioridades da sociedade. A elaboração das diretrizes anuais, em re-

¹⁰ A Lei Orçamentária Anual (LOA) é um planejamento que indica os valores e destinação dos gastos públicos no período de um ano, com base no valor total arrecadado pelos impostos. Na LOA, o governo define as metas e ações a serem adotadas pelo Governo, a serem executadas pelos entes federativos. Nesse sentido dispõe o artigo 2º da Lei 4.320/64: “a Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade”.

gra, reflete o juízo de discricionariedade do administrador público, o qual deve atentar-se para as prioridades de governo estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano a que se refere (PEREIRA, 2015, p.304).

Ao buscar o cumprimento de políticas públicas, o Judiciário acaba por reduzir o espaço discricionário de atuação do administrador. Cabe ressaltar que a administração pública não possui liberdade total e irrestrita para agir quanto às opções oportunas e convenientes, de forma imune ao controle judicial, mas sim a competência para agir conforme os ditames legais (QUEIROZ, 2011, p. 133). O controle a ser realizado no âmbito judicial deve obedecer determinados limites, para que não seja extrapolada a sua esfera de atuação, em violação ao princípio da separação dos poderes.

Do mesmo modo, ao proferir decisão judicial de procedência quanto à concessão de tratamentos médicos a serem custeados pelo Estado, o Judiciário não leva em consideração a política pública vigente e demais aspectos extraprocessuais, atendendo-se apenas para as questões endoprocessuais. Por conseguinte, prejudica-se sobremaneira a atuação do Executivo ao definir as prioridades em matéria de políticas públicas. A interferência excessiva do Judiciário nesse assunto faz com que a administração seja obrigada a ajustar suas disponibilidades financeiras, retirando recursos destinados a outros setores deficitários e prejudicando, inclusive, a concretização dos direitos sociais. Assim, o Judiciário, ao judicializar as políticas públicas de saúde, atua indiretamente como gestor de recursos em face da escassez orçamentária (CARVALHO, 2010, p. 33-34).

Outrossim, conforme assevera Barroso, o juiz nem sempre detém as informações necessárias para analisar o caso, tendo em vista a interdisciplinaridade das demandas relacionadas ao direito à saúde. Há, ainda, o problema do grande número de ações judiciais que devem ser analisadas pelo Judiciário, o que ocasiona a ausência de tempo suficiente para conferir especial atenção a estas demandas.¹¹

Como exemplo de concessão judicial de medicamentos de alto custo, cita-se o caso de um paciente que, em decorrência de uma forma rara de anemia, recebe o medicamento *Soliris (eculizumab)* de forma gratuita pelo Sistema Único de Saúde, o que gera um custo anual de R\$800.000,00, sendo considerado o tratamento médico mais caro da história. Caso o medicamento não fosse utilizado regularmente, o re-

¹¹ Pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) reuniu todas as demandas relacionadas à judicialização da saúde de natureza cível, sem contas as ações criminais, considerados os processos ajuizados até o dia 31/12/2016, em trâmite no primeiro e segundo grau de jurisdição, juizados especiais, Superior Tribunal de Justiça, Turmas Recursais e Turmas Regionais de Uniformização. Conforme os dados obtidos, até o fim de 2016, consta um total de 1.346.931 demandas em tramitação no Poder Judiciário acerca do tema, relacionados a fornecimento de medicamentos, tratamentos médicos, assistência à saúde, entre outros. A conclusão final do relatório indica que existe uma explosão de novos processos sobre a saúde no Brasil, tendo em vista que, nos anos de 2011, 2014 e 2015, haviam, respectivamente, 240.980, 392.921 e 854.506 processos. Para acesso à pesquisa, ver: CNJ. *Judicialização da Saúde no Brasil: dados e experiências*, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.ppd>>. Acesso em: 5 mai. 2018.

sultado seria a morte do indivíduo. Entretanto, havia como alternativa a realização de transplante de medula, muito mais barata em comparação ao medicamento importado. Esse fato gera um embate entre o direito individual à saúde e seus impactos para a coletividade, tendo em vista a alocação de recursos destinados ao cumprimento da decisão judicial.¹²

A partir do caso exposto, torna-se possível visualizar as injustiças distributivas que as demandas judiciais ocasionam no orçamento das políticas públicas, decorrentes da falta de legitimidade democrática do Judiciário e ausência de conhecimento técnico para as decisões nesses processos. Ao decidir quanto à garantia desse direito em lides judiciais, o magistrado direciona o orçamento, já escasso, para a realização de procedimentos médicos que, muitas vezes, estão ainda em fase experimental (ÁVILA, 2018, p. 96).

Ademais, há capacidades institucionais segundo as quais se argumenta que as cortes judiciais não são as instâncias mais adequadas para a análise de questões complexas envolvendo o direito fundamental à saúde. Nesse sentido, Komesar descreve a capacidade institucional dos órgãos públicos com base em uma “análise institucional comparativa”, isto é, um juízo sobre quem, dentre os órgãos existentes, possui a competência para o processo decisório. Esse processo leva em consideração uma análise interativa entre a política, economia e o direito para impedir que, em uma atuação judicial isolada, outros atores possam demonstrar maior capacidade para implementar e executar as políticas públicas.

Ao analisar a capacidade das instituições para a realização de determinados objetivos, segundo o mesmo autor, deve-se levar em consideração as potencialidades reais e efetivas dos órgãos em questão, verificando suas imperfeições e vicissitudes. Antes de deslocar uma questão de apreciação judicial para outros órgãos, como as

¹² Processo 0034026-16.2010.8.26.0053 (053.10.034026-4) (...) Cuida-se de mandado de segurança impetrado por RAFAEL NOTARANGELI FÁVARO objetivando o reconhecimento do seu direito líquido e certo de receber o medicamento mencionado na inicial, por ser portador de HPN (hemoglobinúria paroxística noturna), com base no artigo 196 da CF e no artigo 6º, inciso I, d, da Lei Federal nº 8.080/90. (...) A segurança deve ser concedida. Em primeiro lugar, convém dizer que o caso é muito peculiar, já que o impetrante é portador de doença extremamente rara, tanto que o medicamento que lhe foi prescrito é tido como órfão, isto é, não é fabricado em condições normais de mercado pelas empresas farmacêuticas por razões econômicas (fl. 68). Nesse contexto fático, a despeito do referido medicamento não ter registro na ANVISA, mas estar autorizado pelos órgãos sanitários dos EUA e da Europa para o tratamento da doença do impetrante, como a própria ANVISA informou, ele tem direito de recebê-lo, à luz do princípio da integralidade das ações e serviços de saúde, incluindo a assistência farmacêutica, nos termos do artigo 196 da CF e do artigo 6º, inciso I, d, da Lei Federal 8.080/90 (assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica). De outro lado, o Estado de São Paulo não demonstrou que o medicamento varfarina é indicado para a doença do impetrante. Pelo que consta no sítio da ANVISA, esse medicamento está registrado na categoria de anticoagulantes, não havendo, outrossim, qualquer informação técnica de que ele tem eficácia semelhante ao soliris no tratamento da HPN, doença rara, como vimos acima. Assim, dentro dos limites probatórios do presente writ, é de rigor a concessão da segurança. Ante o exposto e o que mais consta dos autos, CONCEDO a segurança, confirmando a liminar, para determinar que a autoridade impetrada forneça gratuitamente ao impetrante o medicamento mencionado na inicial, na quantidade e enquanto dele necessitar, sempre sob prescrição médica, sob as penas da lei (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo, 2015).

instâncias políticas, torna-se necessário analisar qual seria o ente adequado ao qual caberia a decisão, conforme todas as complexidades e possíveis imperfeições do órgão. Tal análise não pode ser realizada de forma isolada no âmbito jurídico, mas através de um diálogo com a política e a economia, a fim de avaliar os custos procedimentais e competências institucionais envolvidos (KOMESAR, 2001, p. 24).

Quanto ao reconhecimento de direito fundamental subjetivo a prestações¹³, ganhou destaque na doutrina e na jurisprudência o denominado “princípio da reserva do possível”. Conforme apontam Sarlet e Figueiredo (2013, p. 29-30) “a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos”, de modo que caberia ao legislador a decisão sobre a alocação de recursos públicos. Nesse sentido, a concretização desses direitos na esfera do Poder Judiciário, na ausência de atuação legislativa, seria uma afronta direta ao princípio da separação dos poderes.

Tendo em vista esse princípio, a efetivação dos direitos fundamentais depende diretamente da disponibilidade de recursos por parte do Estado. Todos os direitos, tanto os direitos de caráter prestacional quanto os direitos de defesa, implicam em determinados custos para o Estado. Assim, nenhum direito será considerado absoluto, pois dependerá da existência de recursos econômicos do poder público para serem realizados (HOLMES; SUSTEIN, 2011, p. 119-120).

Conforme sintetiza Galdino (2005, p. 336-339), não existem direitos propriamente gratuitos, vez que, mesmo os direitos considerados pela doutrina tradicional geram custos positivos, o que impõe ao ente estatal o dever de organizar a efetivação de determinadas garantias observando-se o planejamento orçamentário.

Nessa linha de abordagem, serão citadas algumas decisões judiciais proferidas pelos tribunais brasileiros, os quais, ultrapassando a competência constitucional de julgar os casos concretos, estabeleceram critérios que deveriam ser tipicamente definidos mediante lei editada pelo Poder Legislativo, criando, desse modo, novas políticas públicas acerca do tema.

Em Santa Catarina, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR nº 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, apreciado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 09/11/2016, entendeu que para a concessão judicial de remédios ou tratamentos constantes das listas oficiais do SUS, faz-se necessário, tão somente,

¹³ Entende-se como direitos fundamentais de caráter subjetivo uma espécie de situação subjetiva que se caracteriza principalmente pela possibilidade de pretensão de um sujeito em relação a outro, sobre aquilo que a norma dispõe. Há a junção de dois elementos: a possibilidade de algo ser exigido e a possibilidade de alguém pretender o que a norma lhe atribui. Nesse sentido, o direito subjetivo traduz a possibilidade de exigir-se aquilo que as normas atribuem a alguém como próprio. Os direitos subjetivos a prestações consistem, pois, na possibilidade de o sujeito exigir prestações em face de outro agente, como tratamentos médicos a fim de concretizar o direito à saúde, prevista na Constituição como direito fundamental e passível de exigência por parte do indivíduo (REALE, 2002, p. 260).

que seja atestado por médico e demonstrado que ocorreu a negação no seu fornecimento pelos órgãos públicos de saúde. De modo diverso, em se tratando de medicamento ou tratamento não padronizado pelo SUS, devem ser observados, requisitos adicionais, destacando-se a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira do requerente.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA – IRDR. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS E TERAPIAS PELO PODER PÚBLICO. DISTINÇÃO ENTRE FÁRMACOS PADRONIZADOS DOS NÃO COMPONENTES DAS LISTAGENS OFICIAIS DO SUS. NECESSÁRIA REPERCUSSÃO NOS REQUISITOS IMPRESCINDÍVEIS AO NASCIMENTO DA OBRIGAÇÃO POSITIVA DO ESTADO. 1. Teses Jurídicas firmadas: 1.1 Para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS, devem ser conjugados os seguintes requisitos: (1) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; (2) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa (Tema 350 do STF). 1.2 Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS, são requisitos imprescindíveis: (1) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica (SANTA CATARINA, 2016).

O Supremo Tribunal Federal (STF), durante decisão proferida em sede de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175, logo após as discussões sobre a concretização do direito à saúde na Audiência Pública nº 4, também estabeleceu alguns requisitos para a concessão de medicamentos e assistência farmacêutica na esfera judicial. Na ocasião, destacou-se que devem ser diferenciadas as situações em que há uma política pública estatal que abrange a prestação de saúde pleiteada pela parte, hipótese em que o judiciário deve intervir para o cumprimento da omissão ou prestação ineficiente. Caso contrário, o juiz deve verificar se a prestação de saúde está prevista no rol do SUS ou se o tratamento é apenas experimental, caso em que o Estado não está obrigado a fornecer o tratamento (BRASIL, 2009).¹⁴

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão proferida neste ano, entendeu que o poder público é obrigado a fornecer medicamentos que não constam no SUS, desde que presentes os seguintes requisitos: laudo médico que comprove a necessidade do produto; incapacidade financeira do paciente e registro do medicamento perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). A decisão foi proferida pelo tribunal nos seguintes termos:

¹⁴ No mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso estabeleceu critérios para a concessão de medicamentos na via judicial, para aqueles constantes ou não no rol do SUS, no RE nº 566.471, proferido em 28/09/2016, o qual se encontra atualmente suspenso.

1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos. (...) 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. 4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015. A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento (BRASIL, 2018).

A partir da análise desses casos, percebe-se o modo como o Poder Judiciário, ao proferir decisões judiciais estabelecendo critérios para a concessão de medicamentos pelo Estado, acaba por definir, de modo amplo, determinadas políticas públicas que deveriam tradicionalmente ser definidas em lei. Ademais, é inegável o impacto que essas decisões causam no orçamento público dos entes federativos, tendo em vista que, com a determinação de uma obrigação para a concessão de tratamentos médicos, o Poder Público deve, imediatamente, promover o cumprimento da ordem judicial.

Nesse contexto, Calabresi e Bobbit criam uma teoria asseveram que determinadas decisões proferidas pelos juízes podem caracterizar escolhas trágicas, partindo-se de uma análise dos efeitos que essa decisão provoca no contexto social, político e econômico. Para os autores, existem algumas formas de escassez que tornam escolhas particularmente dolorosas como necessárias, e essas escolhas podem ser conceituadas como trágicas ou não.

A escassez, em determinados casos, pode ser evitada para alguns bens fazendo-os disponíveis no mercado. Porém, isso não se aplica a todos os bens, de modo que, para alguns deles, a sociedade deverá definir métodos de alocação, o que pode ocasionar o benefício de determinadas camadas sociais em detrimento a outras. Isso pode ocasionar um conflito entre, de um lado, os valores em que a sociedade deter-

mina os beneficiários de determinadas distribuições e os limites da escassez e, de outro lado, os valores morais que priorizam a vida e o bem-estar da população.

É nessa conjuntura que as escolhas trágicas se manifestam, ou seja, no momento em que a sociedade tenta realizar alocações de modo a preservar os fundamentos morais e sociais. Há casos em que é possível realizar uma escolha e, ao mesmo tempo, garantir os valores primordiais da sociedade, hipótese em que a escolha trágica é substituída por uma alocação que não gera contradições morais. Caso contrário, estar-se-á diante de uma escolha considerada trágica, ou seja, aquela que determina a alocação de recursos escassos a determinados destinatários e, ao mesmo tempo, gera um conflito com os valores socialmente relevantes (BOBBIT; CALABRESI, 1978, p. 18-20).

Aplicando-se este conceito ao tema estudado, conclui-se que, ao destinar determinados recursos para a implementação e execução de políticas públicas, especialmente na área da saúde, ocorre uma alocação de bens escassos a determinadas parcelas sociais em detrimento a outras. Um juiz, ao decidir pela concessão de determinado medicamento a um indivíduo enfermo, realiza uma escolha trágica, pois os mesmos recursos poderiam ser destinados a investimentos em hospitais ou medidas básicas de saúde. Do mesmo modo, ao indeferir a concessão do mesmo medicamento, a escolha trágica é feita quando se decide tutelar o direito à saúde para a coletividade e deixa-se de oferecer tratamento médico ao paciente enfermo, o que pode gerar uma consequência trágica, como a morte.

Do mesmo modo, constata-se que muitas vezes essas escolhas trágicas são realizadas pelo Poder Judiciário, quando deveriam ser feitas em um espaço democrático e que represente os interesses da sociedade: o Parlamento. Compete ao Poder Legislativo realizar as opções políticas quanto a receitas e gastos públicos para a concretização das políticas públicas imprescindíveis para a realização dos ideais da sociedade.

As escolhas trágicas referem-se, sobretudo, à impossibilidade econômica de o Poder Público atender a todas as necessidades da sociedade. Diante desse cenário, as decisões alocativas de natureza trágica envolvem um processo de custos, tendo em vista que não existem direitos fundamentais nem políticas públicas sem custos para a sua efetivação (BOBBIT; CALABRESI, 1978, p. 131-133).

A partir do exposto, é questionável a atuação do Poder Judiciário diante de decisões proferidas que afetam diretamente políticas públicas relacionadas à efetivação do direito fundamental à saúde. Ao impor ao Estado o cumprimento de uma decisão concedendo a um indivíduo isoladamente um tratamento de alto custo, são deslocados recursos públicos que, de outro modo, poderiam ser destinados à coletividade. A atuação judicial em questões envolvendo a concessão de tratamentos médicos a indivíduos que os pleiteiam mostra-se perigosa, ao trazer constantes inseguranças para a fruição coletiva do direito à saúde.

5. Conclusão

A saúde é um direito fundamental com expressa disposição constitucional, estendendo a todos aqueles que necessitam do amparo do Estado, de modo universal, igualitário e gratuito. Contudo, os entes estatais possuem, por um lado, uma limitação orçamentária de recursos públicos e, por outro, o dever de atender de forma igualitária a toda a coletividade, mediante a efetivação de políticas públicas.

Entretanto, atualmente intensificou-se um protagonismo judicial que convergiu para uma judicialização das decisões políticas, em que o Poder Judiciário passou a decidir e exigir que os entes estatais realizem prestações positivas de direitos fundamentais. Ocorre que as decisões judiciais que procuram dar concretude a cada caso individualmente conflitam com os direitos fundamentais da sociedade, considerando que os recursos são escassos e há necessidade de o Estado atender igualitariamente as demandas sociais.

A atuação do Judiciário é medida extremamente necessária para situações em que o Estado é omissor ou negligente no atendimento das necessidades públicas. De modo diverso, ao proferir decisões judiciais que acabam por ultrapassar a sua esfera de decisão, o Judiciário define regras e condutas que, em geral, deveriam estar previstas em lei e normas infralegais pelos Poderes Legislativo e Executivo, o que atenta contra a autonomia dos poderes e prejudica o processo de fortalecimento da democracia brasileira.

Desse modo, apesar de se considerar justa a proteção judicial conferida ao particular que não recebe o amparo estatal, diante de pedido relacionado ao direito à saúde, é inegável que a ausência de parâmetros concretos e delineados de forma a proporcionar soluções igualitárias, tem conduzido a um estado de descontrole, se considerado que a fruição deste direito por pessoas individualizadas afeta o direito de todos.

Nessa linha, considerando que a competência para regular o modo e limites do dever do Estado de implementar o direito fundamental à saúde a todos é do Poder Legislativo, entende-se que lhe cabe a prerrogativa de instrumentalizar condições jurídicas, mediante lei, para que o Poder Executivo lhe dê efetividade, mas sem desconsiderar a igualdade de tratamento, diante do direito da coletividade. Em consequência, a atuação do Poder Judiciário deveria circunscrever-se às situações em que há flagrante desrespeito do Estado com o seu dever constitucional de prestação de políticas públicas de saúde.

O tema é complexo e não existem respostas simples para a sua resolução. Porém, é preciso reconhecer que se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário tem solucionado problemas individuais de pessoas que necessitam do amparo do Estado, por outro, causou um desequilíbrio nas contas públicas, permitindo que aqueles que conseguem ter acesso ao Judiciário sejam favorecidos em detrimento de todos.

Encerra-se com a percepção de que uma alternativa viável para auxiliar na solução do problema proposto é estabelecer critérios objetivos, por meio da edição de leis pelo Poder Legislativo, a fim de regular o procedimento e demais regras básicas para a concessão de medicamentos e tratamentos médicos na via judicial. Caso contrário, o ativismo judicial constituirá nada mais que uma escolha trágica feita pelo Estado, tendo em vista que a ausência de uma regulação por meio de lei emanada do poder competente produz mais malefícios do que benefícios

6. Referências bibliográficas

- ABBOLD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson. Ativismo Judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; LEVY, Wilson; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato (coord.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- ARISTÓTELES. *A Política*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2009.
- ÁVILA, Ana Paola Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação dos poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. Curitiba, *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 5, n. 1, jan./abr. 2018, p. 83-108.
- BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. New Jersey: Princeton University, 2006.
- BARBOSA, Claudia Maria; ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 115-133.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, n. 96, v. 12, fev./mai. 2010, p. 5-43.
- _____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista (Syn)thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32.
- BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Unb, 2004, v. 1.
- BOBBIT, Philip; CALABRESI, Guido. *Tragic Choices*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1978.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

- BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, maio/ago. 2013, p. 175-220.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175 CE*, Relator: Presidente Ministro Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 16/06/2009.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.657.156 RJ 2017/0025629-7*, Primeira Seção, Relator Ministro Benedito Gonçalves, data de julgamento: 25/04/2018.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. O conceito de política pública em direito. In: _____ (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. Políticas Públicas e Direito Administrativo. Brasília, *Revista de Informação Legislativa*, n. 133, jan./mar. 1997, p. 89-96.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CANOTILHO, Joaquim José. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier-Latin, 2010.
- CIPRIANI, Manoella Peixer; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, set./dez. 2017, p. 163-188.
- CNJ. *Judicialização da Saúde no Brasil: dados e experiências*, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.ppd>>. Acesso em: 5 mai. 2018.

- COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, n. 138, abr./jun. 1998, p. 39-48.
- CONTI, José Maurício; HORVATH, Estevão; OLIVEIRA, Regis Fernandes de; SCAFF, Fernando Facury. *Lições de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GALDINO, Flavio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- GARAU, Marilha Gabriela Reverendo; MULATINHO, Juliana Pessoa; REIS, Ana Beatriz Oliveira. Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília*, v. 5, Número Especial, 2015, p. 190-206.
- GOMES, Gustavo Gonçalves. Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; LEVY, Wilson; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato (coord.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- GONÇALVES, Alcindo. Políticas públicas e a ciência política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- HOLLAND, Kenneth M. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. Nova Iorque: St. Martin's Press, 1991.
- HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass Robert. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.
- KINGDON, John. *Agendas, alternatives and public policies*. Nova Iorque: Harper Collins College Publishers, 1995.
- KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, v. 92, out. 2004, p. 1441-1478.
- KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Revista Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 32, n. 2, jul. 2013, p. 69-85.

- KOMESAR, Neil K. *Law's Limits: the rule of law and the supply and demand of rights*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2001.
- LIMA, Rogério Montai de; MIARELLI, Mayra Marino. *Ativismo Judicial e a Efetivação de Direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MAGALHÃES, Joseli Lima. O ativismo judicial como mecanismo de decisionismo à luz do Estado Democrático de Direito. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 38, n. 121, mar. 2011.
- MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, nov. 2002, p. 101-140.
- MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. Brasília, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, 2015.
- QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. *Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira*. Curitiba: Juruá, 2011.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. O Ativismo Judicial na Dêbacle do Sistema Político: sobre uma hermenêutica da crise. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 11, n. 2, 2016, p. 751-772.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

- SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise e casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. Entre o Ativismo e a Judicialização da Política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Joaçaba, v. 17, n. 3, set./dez. 2016.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0302355-11.2014.8.24.0054/5000*, Grupo de Câmaras de Direito Público, Relator: Desembargador Ronei Danielli, data de Julgamento: 09/11/2016.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Mandado de Segurança*, autos nº 0034026-16.2010.8.26.0053, 8ª Vara da Fazenda Pública, Juíza Simone Viegas de Moraes Leme, 2015.
- TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. The global expansion of judicial power. Nova York: New York University Press, 1995 e GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. Nova York: Oxford University Press, 2008.
- WILENSKY, Harold L. *The Welfare State and Equality: structural and ideological roots of public expenditures*, Los Angeles: University of California Press, 1975.